



LÄNSRÄTTEN I
UPPSALA LÄN

DOM
2008-06-04
Meddelad i Uppsala

Mål nr
570-08

SÖKANDE

Borderlight AB, 556595-6363
Kungsgatan 14
753 22 Uppsala

Ombud:

Advokat Eva-Maj Mühlenbock och jur. kand. Henrik Sollenborn
Advokatfirman Lindahl KB
Box 14240
104 40 Stockholm

MOTPARTER

1. Uppsala kommun
Kommunledningskontoret, Inköp
753 75 Uppsala

2. Landstinget i Uppsala län
Upphandlingsenheten
Box 602
751 25 Uppsala

Ombud:

Advokaterna Joakim Lavér och Magnus Eriksson
Linklaters Advokatbyrå AB
Box 7833
103 98 Stockholm

ÖVERPRÖVAD UPPHANDLING

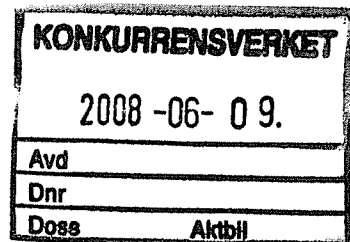
Uppsala kommuns och Landstinget i Uppsala läns upphandling av Data-kommunikation, anslutning av kapacitetspunkter, "Komnät 2009 steg 3", dnr 07-103/044.945

SAKEN

Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, LOU

LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Länsrätten bifaller Borderlight AB:s ansökan om överprövning av Uppsala kommuns och Landstingets i Uppsala län upphandling av Datakommunikation, anslutning av kapacitetspunkter, "Komnät 2009 steg 3", dnr 07-103/044.945, och förordnar att upphandlingen rättas i enlighet med vad som anges i denna dom under länsrättens bedömning.



BAKGRUND OCH YRKANDEN

Borderlight AB (bolaget) ansökte den 19 mars 2008 om överprövning av Uppsala kommuns och Landstingets i Uppsala län, (beställarna) upphandling av Datakommunikation, anslutning av kapacitetspunkter, ”Komnät 2009 steg 3”, dnr 07-103/044.945. Bolaget yrkade att länsrätten i första hand skall besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse vidtagits, innebärande att en ny utvärdering av anbuden och val av leverantörer skall genomföras varvid bolaget skall tilldelas kontraktet. Bolaget yrkar i andra hand att länsrätten vid sin slutliga prövning skall besluta att upphandlingen skall avbrytas och göras om.

Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande. Den ursprungliga anbudsinfordran av den 19 november 2007 har ersatts av anbudsinfordran av den 28 december 2007. Härigenom har väsentliga förutsättningar för upphandlingen ändrats, bl.a. har utvärderingsmodellen förändrats. I den ursprungliga anbudsinfordran angavs att det totalekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att väljas med hänsyn till: lägst pris per anslutning, vikt 90 %, organisation, kvalitet i arbetsmetodik och kundhantering enligt kravspecifikation, vikt 10 %. I anbudsinfordran av den 28 december anges istället att det totalekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att väljas med hänsyn till lägst pris per anslutning, vikt 90 %. Då lägsta pris enligt senare anbudsinfordran är avgörande för upphandlingen skulle detta rätteligen ha angivits och inte ekonomiskt mest fördelaktigt. Därutöver är det inte förenligt med LOU att under pågående upphandling väsentligen förändra förfrågningsunderlaget då såväl de leverantörer som påbörjat ett anbudsgivande som de leverantörer som valt att inte göra detta påverkas. Förfarandet strider därför mot såväl LOU som principerna om likabehandling och transparens.

Förhandlat förfarande vid upphandlingar över tröskelvärdena är ett undantagsförfarande och skall därmed användas mycket restriktivt enligt EG-rättslig praxis. Bolaget uppfyllde genom sitt anbud ingivet den 31 januari

2008 de skall-krav som uppställts i upphandlingen. Beställarna har efter övergången till förhandlat förfarande ställt frågor till bolaget, vilka bolaget har besvarat. Bolaget har bekräftat att samtliga skall-krav uppfyllts och därför fanns inte skäl att övergå till förhandlad upphandling om övriga anbudsgivare inte uppfyller skall-kraven. Bolaget skulle i sådant fall ha tilldelats kontraktet.

Det är inte möjligt för en upphandlande enhet att väsentligt förändra förfrågningsunderlaget eftersom detta skulle strida mot de grundläggande EG-rättsliga principerna. Bolaget har inte fått det klarlagt genom tilldelningsbeslutet varför bolagets anbud inte antagits. Beställarna har således handlat i strid med LOU och principen om transparens när de ej i utvärderingsprotokollet angett hur den inbördes rangordningen har sett ut och vilka totalpris som har lämnats.

Beställarna bestrider bifall till ansökan om överprövning den 1 april 2008. Bolaget har som grund för sin ansökan anfört tre omständigheter; dels att beställarna på ett otillåtet sätt gjort en förändring i av förfrågningsunderlaget, dels att beställarna i tilldelningsbeslutet inte klarlagt varför bolagets anbud inte antagits och dels att beställarna felaktigt övergått till förhandlad upphandling.

Beställarna instämmer i påståendet att de gjort en förändring i förfrågningsunderlaget. Under rubriken "Utvärderingsfasen" i det ursprungliga förfrågningsunderlaget angavs följande: Det totalekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att väljas med hänsyn till

- (1) Lägst pris per anslutning, vikt 90 %. Se vidare under avsnitt 7 i kravspecifikationen om kombinatorisk utvärdering av anbud.
- (2) Organisation, kvalitet i arbetsmetodik och kundhantering enligt kravspecifikation avsnitt 5.4, vikt 10 %.

Förfrågningsunderlaget justerades den 28 december 2007 på så sätt att beställarna tog bort punkt 2 ovan och angav att man vid utvärdering endast skulle ta hänsyn till lägst pris per anslutning. Beställarna är medvetna om att förändringar av förfrågningsunderlaget i princip inte är tillåtna när förfrågningsunderlaget en gång offentliggjorts. Nämnden för offentlig upphandling, NOU, har i ett ärende, 63/95-21 bl.a. uttalat att någon möjlighet att ändra eller göra tillägg till de angivna bedömningskriterierna föreligger normalt inte. I förevarande fall publicerades upphandlingen i Allego som är av NOU godkänd som en allmänt tillgänglig elektronisk databas. De leverantörer som begärt och fått ut anbudsunderlaget från Allego har under anbudstiden och i god tid före det att något anbud inkom underrättats om att förfrågningsunderlaget justerats. Även de leverantörer som fått ut anbudsunderlaget och därefter inte avhört har underrättats om justeringen. Mot denna bakgrund menar beställarna att det var tillåtligt att ändra bedömningskriterierna.

Beställarna har efterfrågat det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga trots att de numera tar hänsyn till lägst pris per anslutning. Anledningen till detta är att man använt sig av vad som kallas för kombinatorisk utvärdering och då går det inte att hävda lägst anbudspris enligt 1 kap. 22 § första stycket 2. LOU, eftersom anbud fritt kan lämnas på olika paketslösningar efter anbudsgivarens egna förutsättningar.

När det gäller påståendet att det i tilldelningsbeskedet inte går att utläsa varför bolagets anbud inte godtagits ger beställarna följande förklaring. Utvärderingen har gjorts med hjälp av företaget Trade Extensions AB som har en vedertagen metod för kombinatorisk utvärdering. I förevarande fall kunde anbud läggas på samtliga förbindelser eller en delmängd av förbindelserna. Alla förbindelser som ingick i ett anbud måste finnas med som enkelbud och beställaren kan välja att beställa valfria förbindelser av dessa enkelbud. Dessutom fanns möjligheten för anbudsgivare att göra ett eller

flera paket av förbindelser som ingår i anbudsgivarens enkelbud. Ett paket av förbindelser är en odelbar enhet som beställaren bara kan anta i sin helhet eller förkasta i sin helhet. Anbudsgivaren har här möjlighet att erbjuda lägre priser för en eller flera grupper av förbindelser. Utvärderingen av inkomna anbud bestod i att först identifiera alla kombinationer av enkelbud och paketbud. I denna utvärdering identifierades 3 125 olika kombinationer av paketbud och enkelbud som alla gav en lösning på samtliga förbindelser. Därefter beräknades utvärderingspriset enligt den formel som angavs i förfrågan. Den budkombination som gav lägst pris för samtliga förbindelser identifierades. Ett paketbud från en anbudsgivare omfattade samtliga förbindelser som ej avsåg avloppspumpar. Detta paketbud, i kombination med ett antal enkelbud och mindre paketbud, gav den lägsta kostnaden för samtliga förbindelser. Upphandlingen omfattar 573 olika förbindelser. På grund av det stora antalet kombinationer var det i praktiken omöjligt att göra en manuell utvärdering. Det bör i sammanhanget anmärkas att samtliga anbudsgivare uttryckligen accepterat den valda utvärderingstekniken. Beställarna är av uppfattningen att den valda utvärderingsmodellen är så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat.

När det slutligen gäller att beställarna felaktigt övergick till förhandlad upphandling anför de bl.a. följande. Beställarna anser att bolaget inte uppfyller samtliga skall-krav, eftersom bolaget på flera punkter i sitt anbud gjort förbehåll som står i strid med beställarnas uppställda skall-krav.

I avsnitt 2.7 i anbudet anger bolaget att om beställarna när det gäller överlämningspunkt för fiber vill ha den på annan plats än där bolaget angett, debiteras kompletterande schaktarbeten och framdragning av optikabel enligt optioner. Eventuella tillkommande kostnader avgörs alltså av var bolaget har sin optokanalisation. Denna reservation står i strid med skall-kravet att avtalade ersättningar skall vara fasta till den 31 januari 2012.

I avsnitt 2.9 i anbudet uppger bolaget att RGW initialt kommer att vara 42networks DRG-serie, men att bolaget samtidigt utvecklar en egen RGW som kommer att ersätta tidigare nämnda. Detta förbehåll står i strid med skall-kravet att "Byte av offererad utrustning skall endast ske efter samråd med beställaren".

I avsnitt 6.6.1 i anbudet uppställer bolaget krav på att beställarna i förväg måste ange konfigurationsdetaljer för SNMP och syslog. Om dessa uppgifter inte lämnas i god tid före installationen debiteras merarbete enligt prislista. Detta förbehåll står i strid med skall-kravet att avtalade ersättningar skall vara fasta till den 31 januari 2012.

I avsnitt 8.4.3 i anbudet anger bolaget beträffande leveranstiden att man reserverar sig för förseningar utom bolagets kontroll. Detta förbehåll står i strid med skall-kravet om exakt tid när anslutningsnoderna skall tas i drift.

I avsnitt 8.4.7 i anbudet anger bolaget att normal servicenivå sker under vardagar kl. 08.00 – 17.00. Arbetstiden för åtgärder kan utökas för tilläggs-kostnad. Detta står dels i strid med beställarnas skall-krav under p. 4.4 i förfrågningsunderlaget som stadgar att felavhjälpande åtgärder i egen utrustning skall göras mellan kl. 07.30 och 18.00, måndag till fredag, dels i strid med skall-kravet att avtalade ersättningar skall vara fasta till den 31 januari 2012.

I avsnitt 13.6 i anbudet reserverar sig bolaget för ändrade priser, leveransvillkor och specifikationer. Detta står i strid med skall-kravet att avtalade ersättningar skall vara fasta till den 31 januari 2012.

Beställarna anser att med hänsyn till att bolagets anbud och även övriga anbud inte motsvarade de krav på föremålet för upphandlingen som ställts upp i underlaget, hade beställarna rätt att övergå till förhandlad upphand-

ling. Beställarna anser att upphandlingen gjorts med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och att den i övrigt genomförts affärsmässigt samt att anbudsgivare, anbudssökande och anbud behandlats utan ovidkommande hänsyn.

Bolaget har i yttrande den 10 april 2008 anfört bl.a. följande. Bolaget vidhåller yrkanden, omständigheter och grunder såsom dessa framförts i ansökan om överprövning av den 19 mars 2008. Bolaget anser att beställarna handlade i strid med LOU när de valde att övergå till förhandlad upphandling, med hänvisning till 2 kap. 11 § första stycket LOU. Övergång till förhandlat förfarande är ett undantagsförfarande och skall därför användas mycket restriktivt enligt EG-rättslig praxis. En förutsättning för att en upphandlande myndighet överhuvudtaget skall kunna övergå till förhandlat förfarande vid upphandlingar över tröskelvärdena är att det inte har lämnats några lämpliga anbud. Bolaget har den 31 januari 2008 ingett ett anbud, som uppfyllde samtliga skall-krav. När sedan beställarna valde att övergå i förhandlad upphandling handlade beställarna i strid med LOU. Bolaget vill även understyrka att förhandlad upphandling inte kan ersätta kravet på fullständiga och tydliga förfrågningsunderlag. Förhandling får inte användas för att uppväga brister i förfrågningsunderlaget och leverantörerna skall inte behöva vara osäkra på vad den upphandlande myndigheten efterfrågar. En förhandling får inte heller användas till att föra in nya krav eller alternativa utföranden. – Bolaget anser till skillnad från beställarna att samtliga skall-krav är uppfyllda och att bolaget därmed skall tilldelas samtliga 340 offereerade leverantörspunkter. – Angående förfrågningsunderlagets avsnitt 2.7 anser bolaget att de inte lämnat någon reservation, utan endast klargjort var anslutningsnoden kommer att placeras. Om beställarna vill ha denna på annan plats erbjuder bolaget möjligheter till annan placering. Observeras kan att angivet pris i budformuläret avser komplett leverans enligt förfrågningsunderlaget utan engångsavgifter och inga tillkommande kostnader, om inte beställarna begär detta. När det gäller anbudspriset står bolagets anbud

inte i strid i någon del av vad som framgår av förfrågningsunderlaget. – Enligt förfrågningsunderlaget, avsnitt 2.9, kan byte av utrustning endast ske efter godkännande av beställaren. Av bolagets anbud framgår att bolagets egen RGW under eget namn motsvarar 42networks DRG-serie. Något byte av offererad utrustning utan beställarnas godkännande kommer således inte att ske, då bolaget offererar båda produkterna i sitt anbud. – I förfrågningsunderlaget, avsnitt, 6.6.1 har endast beställarna tillgång till konfigurationsdetaljer för SNMP och syslog. Bolagets formulering är inte någon reservation, utan endast ett klargörande att beställarna skall var uppmärksamma på att endast beställarna har tillgång till informationen. – När det gäller förfrågningsunderlaget, avsnitt 8.4.3, anser bolaget att i enlighet med vad som angivits under avsnitt 8.4.1, anpassas för beställarna. Någon reservation i strid med förfrågningsunderlaget lämnas därför inte och bolaget har således svarat i enlighet med ställda krav. – När det gäller utökad beredskap, avsnitt 8.4.7, anser bolaget att det i förfrågningsunderlaget angivna skall-kravet att felavhjälpning vardagar, mellan kl. 07.30 – 18.00 skall ingå, är uppfyllt. – I avsnitt 13.6, avseende priser, anser bolaget att fasta priser angetts i bolagets budformulär. Under avsnitt 13.6 ges exempel på det som beställarna benämner befrielsegrunder, om något händer som är utanför leverantörens kontroll. De prisvillkor som bolaget har angett i aktuell upphandling hänför sig endast till dessa befrielsevillkor. – Enligt ovan framgår att bolaget har lämnat ett lämpligt anbud som är förenligt med de krav som framgår av förfrågningsunderlaget. Med anledning av detta hade inte beställarna rätt att övergå till förhandlad upphandling med stöd av 2 kap. 11 § LOU. Då bolaget var den enda anbudsgivare som har uppfyllt samtliga ställda krav skulle dess anbud ha antagits.

Av tilldelningsbeslutet framgår att IP Only AB tilldelas kontraktet. Vilket totalpris respektive anbudsgivare lämnat eller vilken den inbördes rangordningen mellan anbudsgivarna är, framgår inte. Bolaget får således genom tilldelningsbeslutet vare sig klarlagt varför bolagets anbud inte antagits eller

varför IP Only AB anbud antagits. Detta är inte är förenligt med LOU eller med hur utvärdering av anbudsgivare vid offentlig upphandling skall gå till. Beställarna synes ha valt att inte redogöra för hur deras utvärdering har gått till trots att det är möjligt att på ett enkelt sätt visa hur utvärderingen har gått till och hur anbudsgivarnas anbud förhåller sig till varandra. Beställarna anger att en kombinatorisk utvärdering har gjorts och att det i praktiken är omöjligt att göra en manuell utvärdering. Detta är inte korrekt. När beställarna valt att inte redovisa eller förklara sin utvärdering har beställarna inte varit öppna och förutsägbara, vilket är ett brott mot LOU och principen om transparens. Avsaknaden av bestämmelser i LOU om kombinatorisk utvärdering medför att kraven på likabehandling och transparens måste tillgodoses. – Av tilldelningsbeslutet av den 13 mars 2008 framgår att beställarna har valt IP Only AB:s paketbud. Detta paketbud är dock inte det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Bolaget kan efter en genomgång av anbudspriserna konstatera att beställarna felaktigt angett att rangordning inte är möjlig att redovisa i tilldelningsbeslutet. Bolaget hävdar att det går utmärkt att presentera samtliga anbudsgivares priser på ett tydligt, lättläst och åskådligt sätt. Det går dessutom att automatiskt generera olika alternativ som gör anbudsgivarnas inbördes rangordning tydlig. Bolaget anser härmed att IP Only AB:s anbud har gynnats i upphandlingen, vilket är i strid med 1 kap. 4 § LOU och principen om likabehandling. – Bolaget anser vidare att IP Only AB har gynnats i utvärderingen trots orimligt höga kostnader. Bolaget vill uppmärksamma länsrätten på att bolaget inte är generellt emot den förespråkade utvärderingsmodellen. Bolaget kan konstatera att beställarna har valt att gå ifrån utvärderingsmodellen avseende avloppspumparna och tekniska installationer i steg 3, men inte avseende IP Only AB:s överpriser. Utvärderingsmodellen blir inte förutsägbar och är således oförenlig med principen om transparens. – Bolaget anser att IP Only AB har lämnat ett uppenbart orimligt paketbud och därmed gynnats i utvärderingen. Bolaget anser vidare att beställarna har brustit i sin undersökningsplikt huruvida IP Only AB faktiskt kan leverera vad beställarna har efter-

frågat enligt förfrågningsunderlagets krav på leveranstid. Dessutom har beställarna särbehandlat IP Only AB i sin undersökning jämfört med bolaget, där beställarna genom frågor begärde mycket detaljerade uppgifter om resurser med namn och telefonnummer till underleverantörerna. Bolaget anser att beställarna har brutit mot principen om likabehandling och 1 kap. 4 § LOU. – Bolaget anser att det inte är förenligt med LOU att under pågående upphandling väsentligen förändra ursprungliga krav eller kriterier i förfrågningsunderlaget. Enligt doktrinen anses det som en väsentlig ändring om ändringen skulle få till följd att en leverantör skulle ändra sitt beslut att lämna eller inte lämna anbud. I denna upphandling kan det inte uteslutas att leverantörer avstått från att lämna anbud enligt det ursprungliga förfrågningsunderlaget och att dessa skulle ha varit intresserade av att lämna anbud om de vetat att utvärderingen skulle gå till på ett annat sätt. I en upphandling måste det klart framgå vilken tilldelningsgrund som kommer att användas, det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet eller lägsta pris. Av beställarnas ändring av förfrågningsunderlaget framgår att beställarna avser att gå över till tilldelningsgrunden lägsta pris, likväl anger beställarna att de fortfarande avser att använda tilldelningsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Detta är inte förutsägbart och således i strid med principen om transparens. Då det är uppenbart att beställarna bara har använt sig av lägsta pris efter det att beställarna har ändrat förfrågningsunderlaget synes beställarnas motivering i yttrandet, sid. 2, att de inte kunna använda sig av lägsta pris på grund av att de har använt en s.k. kombinatorisk utvärdering som både märklig och otydlig. Enligt LOU måste myndigheten i förfrågningsunderlaget ange samtliga kriterier som kommer att tillmätas betydelse vid utvärderingen. Den upphandlande enheten får således inte, såsom beställarna har gjort, lägga till eller dra i från några kriterier under upphandlingens gång. Beställarna har genom sin ändring av utvärderingskriterierna handlat i strid med de gemenskapsrättsliga principerna och LOU. – Bolaget anser att beställarna brutit mot huvudregeln om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU och principerna om förutsägbarhet, likabehandling och transparens

när beställarna har valt att övergå till förhandlad upphandling trots att bolaget har uppfyllt samtliga skall-krav. Vidare anser bolaget att den utvärdering som har gjorts av beställarna inte har varit transparent och inte har föranlett att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet har valts. Med anledning av ovan skall således upphandlingen rättas. Om bolagets tolkning av förfrågningsunderlaget inte är korrekt är det bolagets uppfattning att förfrågningsunderlaget är så oklart och icke förutsägbart att beställarna har handlat i strid med principen om transparens. Detta innebär att om bolaget hade förstått att förfrågningsunderlaget i upphandlingen skulle uppfattas på annat sätt än vad bolaget de facto har gjort skulle bolaget ha lämnat ett helt annat anbud. Genom beställarnas agerande har upphandlingen kommit att styras mot IP Only AB, vilken även senare vunnit upphandlingen. Ett sådant agerande står i direkt strid med såväl 1 kap. 4 § LOU som de gemenskapsrättsliga principerna. En mängd fel har således begåtts i upphandlingen vilket har fått till följd att bolaget har lidit skada och kommer att lida skada.

Beställarna har i yttrande den 25 april 2008 angett bl.a. följande. Beställarna vidhåller vad som tidigare anförts i målet. – Den ändring som beställarna gjorde i förfrågningsunderlaget var organisation, kvalitet i arbetsmetodik och kundhantering, som ströks från utvärderingskriterierna. Beställarna avsåg här att ge vikt åt lägsta pris i sin utvärdering. Den aktuella ändringen gav alla anbudsgivare samma förutsättningar och har alltså inte inkräktat på principen om transparens. Ändringen kan inte anses otillåten och kan inte leda till någon skada för bolaget. Beställarna anser vid genomgången av lämnade anbud att inte någon av anbudsgivarna hade uppfyllt skall-kraven, och därför valde beställarna att gå över till förhandlad upphandling. Beställarna anser att det fanns oklarheter och motsägelser i bolagets anbud. Beställarna anser därmed att bolaget inte uppfyllde samtliga skall-krav, vilket skulle ha omöjliggjort en förhandlad upphandling. – När det gäller avsnitt 2.7 i anbudet om överlämning av fiberaccessnod har bolaget i sitt anbud

gjort en reservation för att kostnaden kan bli högre om beställarna vill placera överlämningspunkten på annan plats än den som bolaget anger i sitt anbud. Detta är en avvikelse från branschpraxis. Det normala är att beställare och entreprenör tillsammans kommer fram till den mest fördelaktiga överlämningspunkten, vilket övriga anbudsgivare också accepterat. En sådan lösning är den mest naturliga eftersom den lämpligaste placeringen i en byggnad ofta beror på den enskilda byggnadens förutsättningar. Skallkravet på fast pris är således utformat enligt vedertagen branschpraxis. Bolagets förbehåll utgör ett frångående av branschpraxis och det angivna priset kan således inte betraktas som ett komplett pris. Skallkravet på fast pris gäller enligt beställarnas uppfattning oavsett var överlämningspunkten hamnar och skall inte vara beroende av var bolaget har sin optokanalisation.

– Av bolagets anbud framgår i punkten 2.9 att den RGW ur 42networks DRG serie som offereras successivt kommer att ersättas av en RGW som bolaget utvecklat under eget namn. Detta menar beställarna utgör ett sådant byte av offererad utrustning som enligt skallkraven kräver beställarnas godkännande. Ett sådant förbehåll måste enligt beställarnas uppfattning således också anses vara i strid med uppställda skallkrav. Den uppfattning som bolaget ger uttryck för i sin senaste inlägga, att båda produkterna offererades i anbudet, överensstämmer varken med beställarnas uppfattning eller med vad bolaget tidigare hävdade. Först sedan upphandlingen övergått i förhandlat förfarande har det framkommit att den nya produkten skulle ha samma specifikationer som den gamla. Bolaget har tidigare underlåtit att upplysa om detta. – Bolagets förbehåll i avsnitt 6.6.1 i anbudet att uppgifter om konfigurationsdetaljer för SNMP och syslog måste avges i god tid är förknippat med en avgift för merarbete. Detta förbehåll står i strid med skallkravet att alla priser skall vara fasta och detta förbehåll kunde sålunda inte heller godtas av beställarna. Beställarna har dock i skriftväxling under förhandlingarna fått veta att bolaget med god tid, avser tre veckor. Detta har också accepterats. Det var emellertid inte möjligt för beställarna att ta ställning till om skallkravet verkligen var uppfyllt med hänsyn till den bristan-

de informationen i anbudet. Här tjänade sålunda förhandlat förfarande sitt syfte. – Det förbehåll som bolaget ställt upp i avsnitt 8.4.3 kan enligt beställarna inte tolkas på sådant sätt än som en reservation. Bolaget gör gällande att de reserverar sig för händelser utom deras kontroll, t.ex. om en underleverantör inte håller utlovade leveranstider. En sådan skrivelse går enligt beställarna långt utanför den bestämmelse om befrielsegrunder av karaktären force majeure, som ställts upp i förfrågningsunderlaget. Enligt detta exempel skulle detta innebära en friskrivning från ansvar för underleverantörers förpliktelser, något som definitivt inte faller inom ramen för dessa befrielsegrunder. Tvärtom har leverantören en avtalsenlig skyldighet att svara för underleverantörens arbete såsom för sitt eget. Beställarna kan inte tolka förbehållet på annat sätt än att det står i strid med skall-kravet om när anslutningsnoderna skall tas i drift. – När det gäller avsnitt 8.4.7 i anbudet avseende tiderna för felavhjälpande är det uppenbart att bolaget lämnat otydliga och motstridiga uppgifter om detta. – Den i avsnitt 13.6 avgivna reservationen mot förändringar i priser, leveransvillkor etc. utanför bolagets kontroll kan enligt beställarna inte anses hänföra sig till de befrielsegrunder som framgår av förfrågningsunderlaget, som är av karaktären force majeure. En förändring i pris är inte en möjlig konsekvens av att en befrielsegrund aktualiseras. Befrielsegrunden befriar istället den drabbade från att utföra sina prestationer enligt avtalet under den tid som befrielsegrunden föreligger. Beställarna vidhåller att denna reservation står i strid med uppställda skall-krav. Stöd för detta finns i en dom från Kammarrätten i Jönköping, mål nr 1823-05. – Sammanfattningsvis kan konstateras att beställarna inte kan anses ha inlett förhandlad upphandling i strid med gällande regler. Att bolaget i budsformuläret angivit att samtliga skall-krav varit uppfyllda är inte tillräckligt om bolaget sedan i sin medföljande precisering säger något annat. Eftersom bolaget inte kan anses ha uppfyllt samtliga ställda skall-krav fanns det inget bud som uppfyllde kriterierna. Beställarna hade således rätt att övergå till förhandlad upphandling. I den påföljande förhandlingen

har också klarhet nåtts och bolaget har då också vidgått att skall-kraven inte varit uppfyllda.

Beställarna har i yttrande den 6 maj 2008 angett bl.a. följande. Den kombinatoriska utvärderingsmodell som har använts är en erkänd modell för lösning av de optimeringsproblem som kan uppstå i samband med stora upphandlingar. – Den ursprungliga formuleringen av hur utvärderingen skulle gå till finns ovan angivet. Beställarna förklarar hur tilldelningsgrunden såg ut efter att ändringen gjordes i förfrågningsunderlaget. Formeln i budformuläret tog inte bara hänsyn till anbudspriset utan även till om leveransen skulle ske över koppartråd eller fiber samt hur många procent av den angivna kapaciteten som anbudsgivarna kunde garantera. Beställarna hade krävt anslutningar med en nominell kapacitet om 2 respektive 100 Mbit. Leverantörer kan emellertid normalt sett endast garantera en procentandel av detta nominella värde. Tilldelningsgrunden var således inledningsvis det ekonomiskt mest fördelaktiga priset med hänsyn till lägsta pris, organisation etc. samt kapacitet. Som framgått ströks sedan, ca 6 veckor före anbudstidens utgång, punkten 2 i denna formulering. Anledningen till detta var att beställarna insåg att det skulle vara svårt att i förväg ange vilka de exakta kraven var. Den kvarvarande skrivningen innebar att hänsyn i utvärderingen skulle tas dels till lägsta pris, dels till de parametrar som angavs i formeln i budformuläret, det vill säga kapacitet. Tilldelningsgrunden blev således, efter ändringen, det ekonomiskt mest fördelaktiga priset med hänsyn till lägsta pris och kapacitet. Beställarna vidhåller att denna ändring var transparent och tydlig. – Anbudsgivarna hade 573 anslutningspunkter att lämna anbud på, avseende två typer av arbetsställen i kommunen; dels gruppen kontor, dels gruppen avloppspumpar. Beställarna informerade att gruppen kontor skulle komma att upphandlas oavsett pris, medan gruppen avloppspumpar endast skulle komma att upphandlas om priset var rimligt. Anbudsgivarna fick själva avgöra vilka anslutningspunkter de ville lämna bud på. Dock var möjligheten att lämna paketbud begränsad så till vida att

anbudsgivarna var tvungna att lämna enkelbud, det vill säga ett separat bud, på varje anslutningspunkt som ingick i ett paketbud. Anbudsgivarna kunde således lämna ett valfritt antal paketbud i sina anbud, utöver enkelbuden. Sedan anbudena kommit in utvärderades priset på varje bud enligt den formel som angivits i budformuläret. Resultatet av denna utvärdering blev ett utvärderingspris. Utvärderingspriset för respektive enkelbud och paketbud låg sedan till grund för den kombinatoriska utvärderingen. Den kombinatoriska utvärderingen kan beskrivas som ett pussel som syftar till att samtliga anslutningspunkter i förfrågningsunderlaget sammantaget skall upphandlas till lägsta möjliga utvärderingspris. Det är alltså ett oftast mycket komplicerat, optimeringsproblem som måste lösas av datorer. I den aktuella upphandlingen lämnades totalt 3 125 bud vilka gav upphov till ett oöverskådligt antal kombinationer av paketbud och enkelbud som alla gav en lösning där samtliga 573 anslutningspunkter ingick. Sedan utvärderingen gjorts framgick det för det skulle bli för dyrt att upphandla gruppen avloppspumpar och den gruppen ströks därför helt ur upphandlingen. Eftersom paketbud inte fick innehålla anslutningspunkter i båda grupperna så kom detta emellertid inte att påverka utfallet. Den kombination av alla de pussel som utgjorde möjliga kombinationer, som hade det bästa utvärderingspriset vann upphandlingen och det var IP Only AB:s bud. – När det gäller redovisningen av det vinnande anbudet vill beställarna påpeka att det i en upphandling med kombinatorisk utvärdering inte går att peka ut ett vinnande anbud. Med hänvisning till att den kombinatoriska utvärderingsmodellen tar fram kombinationer av paketbud och enkelbud så är det förfelat att tala i termer av vilket anbud som var det bästa. Vad det handlar om är i stället att identifiera den ekonomiskt mest fördelaktiga helhetslösningen. Beställarna anser att det är ogörligt och irrelevant att redovisa resultatet av upphandlingen genom att ange vilket totalpris respektive anbudslämnare lämnat eller ange en inbördes rangordning. Mot bakgrund av att det finns ett oöverskådligt antal kombinationer av bud så framstår det svårt för beställarna att förstå hur bolaget menar att man skulle ha burit sig åt för att utan datorns hjälp ha kun-

nat sätta samman alla de pussel där samtliga anslutningspunkter fanns med. – Beställarna har noterat att bolaget angett att den kombinatoriska utvärderingsmodellen som sådan inte ifrågasätts av bolaget. Beställarna anser det finns en del oklarheter och de frågar sig vad bolaget egentligen menar när de säger att beställarna inte har följt den utvärdering och utvärderingsmodell som man angett att man skulle följa. Beställarna vill också ha ett förtydligande vad bolaget menar med att en manuell utvärdering var möjlig. – Det var angeläget för beställarna att upphandla samtliga anslutningspunkter i gruppen kontor och upphandlingen av dessa var således inte beroende av prisbilden. Att beställarna skulle ha gynnat IP Only AB genom att inte avbryta upphandlingen partiellt även avseende gruppen kontor är ett grundlöst påstående. Att upphandlingen avbröts med avseende på gruppen avloppspumpar påverkade inte upphandlingen av anslutningspunkterna i gruppen kontor eftersom de båda grupperna hölls åtskilda i upphandlingen. Beställarna vill poängtera att IP Only fått den beslutade tilldelningen till följd av ett paketbud som innebär att beställarna åtnjuter kraftig rabatt om samtliga anslutningspunkter i gruppen kontor. Att beställarna därutöver fått betydligt högre kapacitet än efterfrågat för vissa anslutningspunkter är bara en ytterligare fördel för beställarna. – Beställarna tillbakavisar påståendena om att det skulle föreligga brister i undersökningen av IP Only AB:s anbud. Inte heller har IP Only AB särbehandlats avseende undersökningen. Beställarna vill här istället påpeka att IP Only AB i sitt slutliga anbud på ett klart och tydligt sätt angett de uppgifter som beställarna efterfrågat.

Bolaget har i yttrande den 9 maj 2008 angett bl.a. följande. Bolaget vill ytterligare framhålla i avsnitt 2.7 att bolaget inte har lämnat några reservationer till det av bolaget i budformuläret angivna fasta priserna, utan endast klargjort var anslutningsnoden kommer att placeras. Av förfrågningsunderlaget framgår på intet sätt var i respektive byggnad överlämningspunkten skall placeras. Att bolaget på detta sätt skulle frångå branschpraxis är både irrelevant och felaktigt. Bolagets placering av överlämningspunkt följer

såväl villkoren i förfrågningsunderlaget som överensstämmer med vad flertalet av övriga anbudsgivare har angett. – I avsnitt 2.9 anger bolaget att något byte av offererad utrustning utan beställarnas godkännande inte kommer att ske, eftersom bolaget offererar båda produkterna, dvs. bolagets egen RGW under eget namn samt 42networks DRG-serie, i sitt anbud. Bolaget vidhåller att bolaget uppfyller samtliga i upphandlingen ställda skall-krav. – I avsnitt 6.6.1 anser bolaget att det inte lämnats några reservationer till det av bolaget i budformuläret angivna fasta priserna, utan endast ett klargörande av att beställarna skall vara uppmärksamma på att endast beställarna har tillgång till konfigurationsdetaljer för SNMP och syslog. – I avsnitt 8.4.3 angående leveransprocessen skall, i enlighet med vad bolaget anger under avsnitt 8.4.1, anpassas för beställarna. Någon reservation i strid med förfrågningsunderlaget kan aldrig anses föreligga. När det gäller befrielsegrunderna, händelser utanför partens kontroll, i förfrågningsunderlaget har bolaget inte lämnat någon reservation. Vad beställarna anför om att det av bolaget angivna exemplet på vad en händelse utanför partens kontroll kan avse går utöver vad som enligt beställarna kan anses innefattas i händelser utanför partens kontroll, kan aldrig medföra att bolaget skulle kunna anses ha uppställt en reservation i strid med villkoren i förfrågningsunderlaget. Detta är istället, precis som beställarna även själva anger, en senare avtalsrättslig tolkningsfråga. – I avsnitt 8.4.7 anser bolaget att skall-kravet i förfrågningsunderlaget om felavhjälpning vardagar mellan kl. 07.30 och 18.00 ingår och är därmed uppfyllt av bolaget. När det gäller utökad beredskap anser bolaget att inga motstridiga eller otydliga uppgifter förekommer om att felavhjälpning inte kommer att ske vardagar mellan 07.30 och 18.00, utan redogör endast för inställelsetid och åtgärdsdagar under det i anbudet angivna tidsintervallerna. – Bolaget har inte i avsnitt 13.6 lämnat några otillåtna reservationer till det av bolaget i budformuläret angivna fasta priserna, utan endast gett exempel på det som i förfrågningsunderlaget benämns befrielsegrunder. När det gäller Kammarrättens i Jönköping avgörande, mål nr 1823-05 kan konstateras att det föreligger väsentliga skillnader mellan

den nu förevarande upphandlingen och den i det målet aktuella, att det avgörandet inte ger något stöd för vad beställarna anför. – När det gäller beställarnas utvärdering av anbuden enligt tilldelningsbeslutet fann beställarna att IP Only AB:s lämnade paketbudet avseende de till gruppen kontor hörande leveranspunkterna var det mest ekonomiskt fördelaktiga. Någon förklaring eller redovisning av resultatet av utvärderingen har dock inte skett. Detta är inte förenligt med LOU och principen om transparens. Bolaget är vidare väl medveten om att det i en upphandling med kombinatorisk utvärdering inte går att peka ut ett vinnande anbud, utan att utvärderingen resulterar i den bästa, nästa bästa, o.s.v., kombinationen av i detta fall lämnade enkelbud och paketbud. Det som bolaget ifrågasätter är att utvärderingsresultat tillsynes inte kan verifieras och därmed inte heller kontrolleras av leverantörerna. Detta står i strid med LOU och den gemenskapsrättsliga principen om transparens. – När det gäller den kombinatoriska utvärderingsmodellen är inte bolaget generellt emot en tillämpning av den form av utvärderingsmodell som använts. Detta förutsätter dock att den angivna modellen fullt ut beaktar de krav som uppställs i 1 kap. 4 § LOU och gemenskapsrätten, vilket inte skett i nu aktuell upphandling. Beställarna har dels underlåtit att redovisa resultatet av utvärderingen på ett sätt som är förenligt med LOU, dels utformat förfrågningsunderlaget på ett sådant sätt att utvärderingsmodellen sammantaget med det förhållandet att densamma inte begränsar orimliga ingångsvärden strider mot principen om transparens. – När det gäller utvärderingsmodellens bristande transparens, om den medger att en anbudsgivare, IP Only AB, kan sätta uppenbart orimligt höga anbudspriser avseende enkelbud med den följd att prisjämförelsen för övriga kombinationer kommer att drivas upp till så höga prisnivåer att alla andra alternativ blir dyrare än, i förevarande fall, resulterar utvärderingsmodellen inte i att den ekonomiskt mest fördelaktiga kombinationen antas. På samma sätt kan en utvärderingsmodell som kan manipuleras, på detta sätt aldrig anses förutsägbar och således inte förenlig med principen om transparens. Genom det sätt utvärderingsmodellen har kommit att tillämpas,

har inte beställarna erhållit den ekonomiskt mest fördelaktiga kombinationen. Sammantaget innebär det förhållandet att beställarna inte begränsat utvärderingsmodellens möjlighet till medtagande av orimliga ingångsvärden att modellen blivit både slumpmässig och möjlig att manipulera. Utvärderingsmodellen är därför inte heller förutsägbar och strider således mot principen om transparens. – Bolaget vidhåller det som tidigare anförts den 10 april 2008 avseende avsnitt 2.3.3 och 2.4 samt det som angetts i ansökan om överprövning i avsnitt 2.2.

Länsrätten fattade ett interimistiskt beslut den 20 mars 2008 om att beställarna inte fick avsluta upphandlingen innan rätten har beslutat något annat.

SKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 7 kap. 1 § första stycket LOU stadgas att en leverantör som anser att han lidit skada eller kan komma att lida skada enligt 7 kap. 2 § LOU i en framställning till allmän förvaltningsdomstol får ansöka om åtgärder enligt sistnämnda paragraf.

Enligt 7 kap. 2 § första stycket LOU skall rätten, om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 4 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Om det är fråga om en upphandling som avses i 4 kap., får rätten vid vite förbjuda den upphandlande enheten att fortsätta upphandlingen utan att avhjälpa bristerna.

Enligt 7 kap. 2 § andra stycket LOU får rätten omedelbart besluta att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats. Rätten får dock låta bli att fatta ett sådant interimistiskt beslut, om den skada eller olägenhet

som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Utredningen i målet

Handlingarna i målet

Beställarna genomför för närvarande upphandlingen, som genomförs som en öppen upphandling. Beställarna skickade ut en anbudsinfordran den 19 november 2007. Därefter, den 28 december 2007 skickades en ny anbudsinvjudan ut med delvis förändrat innehåll. Upphandlingen omfattar anslutning av kapacitetspunkter i Uppsala kommun, i Uppsala tätort, mindre orter och enstaka arbetsställen. Beställarna beslutade den 15 februari 2008 att enligt 2 kap. 11 § första stycket LOU övergå till förhandlad upphandling. – Tilldelningsbesluten i upphandlingen fattades den 13 respektive den 14 mars 2008. Anbudstiden gick ut den 31 januari 2008 och då hade fem leverantörer inkommit med anbud. Samtliga anbud har efter förhandling kunnat kvalificeras för fortsatt prövning. Beställarna har vidare valt att teckna avtal med IP Only AB.

Den muntliga förhandlingen den 15 maj 2008

Bolaget har anfört att det i sitt anbud uppfyllt skall-kraven. Därför var det inte möjligt att övergå till förhandlad upphandling. När det gäller skall-kraven så förstår bolaget det som att skall-kraven ingår krav på fast pris och krav på fast pris med klausul. Beställarna själva har angett en befrielsegrund. De enskilda skall-kraven är väl utredda i det skriftliga materialet. När det gäller anslutningspunkterna, avsnitt 2.7 om bolaget vill ha på annan plats, skall inte det ses som en reservation. Bolaget hänvisar till branschpraxis. När det gäller skall-kravet, avsnitt 2.9 kan konstateras att både fabrikat och material är uppfyllda och de tekniska kraven. Avsnitt 6.6.1 skall inte ses som en reservation. I avsnitt 8, leveranspunkterna, har inte någon reservation i strid med förfrågningsunderlaget lämnats i bolagets anbud. I avsnitt 13.6 avseende priserna, så är de priser som anges i bolagets anbud

fasta. Några reservationer anges inte. Sammanfattningsvis kan sägas när det gäller övergång till förhandlad upphandling, att eftersom skall-kraven var uppfyllda, fanns inga förutsättningar att övergå till förhandlad upphandling.

Bolaget ifrågasätter hur utvärderingen gått till när det gäller beställarnas utvärdering och att IP Only tilldelades leveranspunkterna. En kombinatorisk utvärdering är omöjlig att göra. Det är inte korrekt. Det strider mot principerna om transparens och likabehandling. Det är av yttersta vikt att beställarna följer en modell för utvärdering, där man kan se den bästa anbudsgivaren, nästbästa osv. Beställarna hade en större möjlighet att göra utvärdering och visa hur de olika anbuden inbördes förhåller sig till varandra. Resultaten har inte redovisats från beställarnas sida på sätt som gäller enligt LOU. Utvärderingsmodellen brister i transparens. En central del av beställarnas utvärderingsmodell är de många referenspunkter som beställarna ger till anbudsgivarna för vilka prisnivåer som kan förväntas för kapaciteten, låg och medel. Av förfrågningsunderlaget och den däri angivna utvärderingsmodellen framgår att beställarna endast är beredda att acceptera ett pris som är upp till tjugo procent högre för leverans via fiber än koppar. Det framgår vidare att en leverans med högre kapacitet än den av beställarna efterfrågade inte kan tillgodoräknas anbudsgivaren. När det gäller efterfrågad kapacitet för låg och medel har beställarna även genomgående gett uttryck för hur utvärderingsmodellen skall tillämpas på t.ex. ADSL över koppartråd inom eget nät och över Internet. Se t.ex. förfrågningsunderlagets kravspecifikation punkterna 2, 3.1 och 4.1, budformulär samt beställarnas frågor och svar. Sammantaget skulle beställarna ha gett en tydlig instruktion när det gäller prisnivå. Detta är direkt styrande för anbudsgivarna. Vissa anbudsgivare har på det viset avstått från att ge anbud. – När det gäller förfrågningsunderlaget har en högst väsentlig ändring gjorts. Kravspecifikationen är inte uppdaterad. Det finns krav på transparens, att det skall vara klart och tydligt från beställarnas sida.

Beställarna uppger att när det gäller skall-kraven fanns förutsättningar för att övergå till förhandlad upphandling. Bolaget har inte uppfyllt skall-kraven. I punkt 2.7, bilaga 8, aktbilaga 2 anför bolaget att de tillhandahåller tjänsten vid en överlämningspunkt till vilken kundens utrustning ansluts. Vidare skriver bolaget att de installerar för tjänsten nödvändig utrustning fram till överlämningspunkten. Överlämningspunkt för fiber placeras 5 meter horisontellt innanför fastighetens grundmur eller vägg i den del av fastigheten som ligger närmast bolagets befintliga optokanalisation. Beställarna har inte fått ett fast pris på detta. I avsnitt 6.1.1 med rubriken Personal under införande av projektet, också bilaga 8, aktbilaga 2 står det bl.a. att beställaren måste i förväg ange konfigurationsdetaljer för SNMP och syslog. Då kan dessa parametrar föras in i systemet i samband med installationen utan extra kostnad för beställaren. Om dessa uppgifter inte lämnas till leverantören i god tid före installationen så måste dessa uppgifter matas in i efterhand med merarbete som följd. Sådant merarbete debiteras enligt prislista. Kravet på fast pris är inte uppfyllt här. I avsnitt 8.4.3, bilaga 8 angående leveransprocessen står det bl.a. att vid förändringar av anslutningspunkter så är normal leveranstid av fysisk kabel till 10 arbetsdagar för koppar access och 4-8 veckor för fiber access. Till detta kommer normalt 5-10 arbetsdagar för montage, driftsättning och test av aktiv utrustning. Denna leveranstid gäller efter driftsättning av nödvändiga noder enligt detta anbud. Bolaget reserverar sig för förseningar utom sin kontroll, exempelvis om underleverantörer inte håller utlovade leveranstider. Leveranskapaciteten skall uppges här, men med denna reservation är inte skall-kravet uppfyllt. IP Only AB var den enda anbudsgivare som bjöd på alla punkter. I beställarnas upphandling måste IP Only AB tilldelas eftersom de hade det bästa paketbudet. Det är omöjligt att säga vilket av anbuden som är bäst, endast vilka av kombinationerna som är bäst. I den här upphandlingen finns inga begränsningar. Det handlar om kombinationen av enkelbud och paketbud.

Förhör har hållits med Sten Oscarsson, Borderlight AB och han har i huvudsak uppgett bl.a. följande. Bolaget har stor erfarenhet av upphandlingar och de skulle inte lämna in ett anbud om det inte uppfyller skall-kraven. De lämnar rutinmässigt anbud, ca 10-15 per år och känner den här leveransen väl. Alla leverantörer har ett nät som man utgår ifrån och som är placerat i gatan. I förfrågningsunderlaget anger man en adress, där man lämnar av vid och det kan vara ett helt kvarter. Att det skulle finnas några tveksamheter angående branschpraxis är en absurd fråga. De har arbetat med kommunen i sex år angående denna fråga. Det finns inget i anbudet som strider mot branschpraxis. Förfrågningsunderlaget handlar om en tjänst, som även innefattar höga vitesklausuler om man inte levererar. Även om kommunen vill ha kunskap så är det bolagets ansvar att se till att det här fungerar. De håller också på att ta fram en ersättningsmodell. När det gäller påståendet att bolaget lämnat motstridiga uppgifter avseende felavhjälpning, svarar Sten Oscarsson att i förfrågningsunderlaget skall uppges skall-krav avseende att redovisa kvalitetsrutiner och det har bolaget gjort under kap. 8. Det är de rutiner som finns idag. Det är en del av kvalitetsrutinen på s. 29 i anbudet 8.4.1 och där sägs bl.a. att dessa kan komma behöva anpassas. De har fungerande kvalitetsrutiner och uppfyller de här tiderna. Skall-kravet är här uppfyllt. När det gäller skall-kravet avseende enkelbud är det viktigt att lämna ett realistiskt bud. Det går ju att lämna ett högt bud, men det måste ju vara rimligt.

Vittnesförhör har hållits med Göran Lundström på beställarnas begäran och han har i huvudsak angett bl.a. följande. När det gäller avsnitt 2.7 om överlämning av fiberaccessnod, fanns två alternativ, antingen fanns redan en befintlig anslutning eller så fick en ny anslutning dras in. I förfrågningsunderlaget fanns inte angett några specificeringar angående detta. Vid ett okänt antal tillfällen öppnade bolaget i sitt anbud för att göra tilläggsdebitering. Då är inte priset fast längre. I punkt 2.9 i bolagets anbud om fabrikat och modell, står det att som RGW kommer initialt 42networks DRG-serie att

användas. Bolaget utvecklar samtidigt en egen RGW under eget namn. Denna kommer successivt att ersätta 42networks DRG. I förfrågningsunderlaget ville beställarna få en överskådlig bild av fabrikat och modeller och också få dem specificerade. Upphandlingen gäller över en längre tid och beställarna ville ha möjlighet att godkänna eventuellt byte av offererat material. När det gäller bolagets egen produkt, visste beställarna ingenting om den. När det gäller punkten 6.6.1 i bolagets anbud visste de inte vad som menades med i god tid, men de fick ett klargörande att det var tre veckor. Utan det klargörandet var inte skall-kravet på fast pris uppfyllt. I punkten 8.4.3 angående leveransprocessen så skriver bolaget i sitt anbud att man reserverar sig för förseningar utom sin kontroll, t.ex. om en underleverantör inte håller utlovade leveranstider. Beställarna har uppfattat det som att övergripande har bolaget accepterat kraven på leveranstid, men i andra delar av anbudet fanns motstridiga uppgifter. Det var viktigt att få klargjort. Att en underleverantör inte håller leveranstiden och då att inte bolaget gentemot beställarna skall hålla sin leveranstid, såg beställarna som en reservation. De ansåg att skall-kravet här inte var uppfyllt. I punkt 8.4.7 om utökad beredskap hade beställarna ett skall-krav om servicetid mellan kl. 07.30 – 18.00 och när det förekommer motstridiga uppgifter måste de få det klargjort. Bolaget har sedan angett att det skall anpassas på något sätt. Utan detta klargörande var inte skall-kravet uppfyllt. I punkt 13.6 angående priser kunde bolagets text om att man reserverade sig för ändrade priser, leveransvillkor, specifikationer och/eller andra förändringar som ligger utom sin kontroll vara ett avsteg från fasta priser. Beställarna ansåg att bolaget inte uppfyllt skall-kravet om fasta priser. När det sedan gäller utvärderingen så användes den kombinatoriska modellen. Den innebar ett antal fördelar, bl.a. att flera leverantörer kunde vara med och lämna bud. Alla anbudsgivare hade också möjlighet att lämna anbud på alla punkter. De såg sedan att leverantörerna hade helt olika sätt att prissätta. Det var bara Telia och IP Only AB som lämnat bud utanför Uppsala tätort. I utvärderingen fick beställarna fram den vinnande kombinationen. De presenterade IP Only AB:s paket-

bud, som hade gått in på alla kontorsarbetsplatserna. I förfrågningsunderlaget förstås som att lägger man ett paketbud så måste man också lägga enkelbud. Slutsatsen av IP Only AB:s bud var att de inte var intresserade av enstaka punkter, inte på landsbygden och i så fall ville de ha bra betalt. När det gäller skall-kraven i punkten 2.7 om branschpraxis kommer man överens med anbudsgivaren om lämpliga angöringspunkter och det är unikt för varje fastighet. De hade angivit att de ville ha ett fast pris. De andra anbudsgivarna hade accepterat detta. I förfrågningsunderlaget framgår det inte var den här angöringspunkten skall göras men det får förhandlas senare i projekteringen. När anbuden kom in, fanns det motstridiga uppgifter i samtliga anbud. Beställarna ansåg att inget anbud uppfyllde samtliga skall-krav och med anledning av det togs beslut om förhandlad upphandling.

Vittnesförhör har hållits med Arne Andersson på beställarnas begäran och han har i huvudsak angett bl.a. följande. Han har tidigare erfarenhet av den kombinatoriska modellen. Den är ganska vanligt i både privat och offentlig sektor. Poängen är om man genomför en upphandling går det oftast att dela upp förhandlingen i smådelar. Man kan välja på ett kontrakt eller så kan man dela upp upphandlingen i mindre delar, bjuda på varje del. Den kombinatoriska modellen kan ta lite av fördelarna. Det kan vara en fördel med ett kontrakt med större leverantörer som kan göra större affärer och få bättre priser eller så delar man upp upphandlingen i mindre delar och då kan mindre företag vara med i upphandlingen. Den kombinatoriska modellen innebär att man kan kombinera fördelarna. Anbudsgivarna kan bjuda med lägre risk. Han har svårt att se nackdelar med modellen, fler budgivare kan vara med och möjlighet finns att bjuda på allt. Efteråt är det mer komplicerat att förklara resultatet. Om en budgivare vill bjuda strategisk kan det vara svårt. Den risken han ser är om upphandlingen utformas illa. Kombinationsbudgivning sågs som rimligt i det här fallet. Det var bättre att anta IP Only AB:s paketbud. Borderlight AB har lämnat ett alternativt bud och om man ändrar efteråt kan man naturligtvis få andra resultat. En redovisning av

resultatet borde visa alla anbud och utvärderingspriser. Det enklaste är att ange anbudspris och bästa kombinationen. För varje anbudsgivare kan man tala om hur långt ifrån man är från att vinna. Rangordning är luddigt i sammanhanget. På frågan om det går att redovisa det näst bästa anbudet, svarar han att man kan redovisa resultatet om IP Only AB inte bjöd. Men här talar man om 500 punkter. Det går att svara ja på frågan, vilket anbud som skulle vinna om den som vann, inte vann. När det slutligen gäller rangordning i offentlig upphandling blir det en matematisk absurditet.

Länsrättens bedömning

Länsrätten har att pröva ett antal frågor, om bolaget har uppfyllt alla skallkrav och därefter om övergången till förhandlad upphandling var tillåten samt om utvärderingen brast i förklaring och redovisning. Bolaget har också åberopat att förfrågningsunderlaget ändrats under pågående upphandling på ett inte tillåtet sätt.

Av grundläggande betydelse för omfattningen av länsrättens prövning i målet är frågan om bolagets anbud uppfyller samtliga skallkrav. Länsrätten prövar därför den frågan först.

Beställarna har gjort gällande att bolagets anbud i sex avseenden inte uppfyller skallkraven.

Skallkrav i avsnitt 2.7

I avsnitt 2.7 i anbudet anger bolaget att ”överlämningspunkt för fiber placeras 5 meter horisontellt innanför fastighetens grundmur eller vägg i den del av fastigheten som ligger närmast bolagets befintliga optokanalisation. Om kommunen, landstinget eller aktuell fastighetsägare vill ha överlämningspunkt på annan plats debiteras kompletterande schaktarbeten och framdragning av optokabel enligt optioner.” Denna reservation står i strid med skallkravet att avtalade ersättningar skall vara fasta till den 31 januari 2012. Re-

reservationen är en avvikelse från branschpraxis. Det normala är att beställare och entreprenör tillsammans kommer överens till den mest fördelaktiga överlämningspunkten. Det har övriga anbudsgivare accepterat.

Bolaget har här anfört att det inte lämnat någon reservation utan endast klargjort var anslutningsnoden kommer att placeras samt erbjudit möjlighet till annan placering. Angivet pris i budsformuläret avser komplett leverans och det finns inga tillkommande kostnader om inte beställarna uttryckligen begär detta. Av förfrågningsunderlaget framgår det inte var i respektive byggnad överlämningspunkten skall placeras.

Beställarna har inte i förfrågningsunderlaget angett närmare preciseringar angående överlämningspunkt. Detta har klargjorts ytterligare genom förhöret med Göran Lundström. Följder av sådana oklarheter från en beställares sida, vilka lätt hade kunnat undvikas genom en precisering i förfrågningsunderlaget, kan inte rimligen få drabba en seriös anbudsgivare. Det har lämnat utrymme för anbudsgivare att för egen del ge en precisering av överlämning i anbudet på sätt som bolaget gjort. Beställarna har angett att detta strider mot branschpraxis men har inte på något sätt verifierat att så skulle vara fallet. Länsrätten anser att bolagets precisering av placeringen av anslutningsnoderna inte skall uppfattas som en prisreservation och att bolagets anbud i denna del uppfyller skall-kravet.

Skall-krav i avsnitt 2.9

I anbudet avsnitt 2.9 uppger bolaget att som RGW kommer initialt 42networks DRG-serie att användas. Bolaget utvecklar samtidigt en egen RGW under eget namn. Denna kommer successivt att ersätta 42networks DRG. Detta förbehåll står i strid mot beställarnas skall-krav som stadgar att "byte av offererad utrustning skall endast ske efter samråd med beställaren". Beställarna anser att detta utgör ett sådant byte av offererad utrustning som kräver deras godkännande. Först sedan upphandlingen övergått i för-

handlat förfarande har det framkommit att den nya produkten skulle ha samma specifikationer som den gamla.

Bolaget har anfört att det av anbudet framgått vilka fabrikat och modeller som offereras. Bolagets egen RGW motsvarar 42networks DRG-serie. Något byte av offererad utrustning kommer således inte att ske då bolaget offererar båda produkterna i sitt anbud.

Länsrätten anser här att det av bolagets anbud vid en normal språklig tolkning klart framgår att två produkter offereras, dels 42networks DRG-serie och dels en egen RGW som avses utvecklas. Det är således inte fråga om utbyte av en i anbudet inte angiven produkt. Enligt de principer som ligger bakom LOU måste det stå bolaget fritt att utveckla egna produkter. Länsrätten anser att bolaget uppfyller skall-kravet i påtalat avseende.

Skall-krav i avsnitt 6.6.1

I anbudet 6.6.1 uppställer bolaget krav på att beställarna i förväg måste ange konfigurationsdetaljer för SNMP och syslog. Då kan dessa parametrar föras in i systemet i samband med installationen utan extra kostnad för beställaren. Om dessa uppgifter inte lämnas till leverantören i god tid före installationen så måste dessa uppgifter matas in i efterhand med merarbete som följd. Sådant merarbete debiteras enligt prislista. Detta förbehåll står i strid mot beställarnas skall-krav att avtalade ersättningar skall vara fasta till den 31 januari 2012. Förbehållet i anbudet att uppgifter om konfigurationsdetaljer måste avges i god tid är förknippat med en avgift för merarbete. Det står i strid med skall-kravet att alla priser skall vara fasta.

Bolaget åberopar här att endast beställarna har tillgång till dessa konfigurationsdetaljer. Att en anbudsgivare anger att den information som enbart beställarna har tillgång till måste anges av dem kan inte uppfattas som en reservation utan är endast ett klagande att beställarna skall vara upp-

märksamma på att endast de har tillgång till informationen. Att en beställare har en skyldighet att ge leverantören de uppgifter som endast beställaren har tillgång till och som krävs för uppdragets fullföljande följer redan av den allmänna lojalitetsplikten kontraktsparter emellan. En upplysning om att beställaren har att lämna sådana uppgifter i god tid kan inte innebära en reservation mot ett uppgivet fast pris.

Länsrätten kan inte se att det i förfrågningsunderlaget finns uppgifter om hur de aktuella uppgifterna skall lämnas över till en leverantör. Som bolaget gjort troligt är det nödvändigt för en leverantör att ha tillgång till uppgifterna för att kunna lösa sin uppgift. Även i denna fråga anser länsrätten att följer av otydligheter och oklarheter, som beställarna kunnat råda över och lätt precisera i förutsättningarna för upphandlingen, i första hand inte skall tolkas negativt för en anbudsgivare. Det får anses fullt rimligt och affärs- mässigt korrekt för en anbudsgivare att i den beskriva situationen skriva in sådana preciseringar att uppdraget är möjligt att utföra. Beställarna har inte klart angett närmare preciseringar i detta avseende. Länsrätten anser att bolaget i aktuellt avseende gjort en acceptabel precisering och att det – trots uppgiften om debitering av merarbete – inte skall uppfattas som ett avsteg från kravet på fasta priser. Länsrätten anser att bolaget i detta avseende uppfyller skall-kravet.

Skall-krav avsnitt 8.4.3

I anbudet avsnitt 8.4.3 anger bolaget beträffande leveranstiden att de reserverar sig för förseningar utom bolagets kontroll, exempelvis om Skanova inte håller utlovade leveranstider. Detta förbehåll står i strid med beställarnas skall-krav som stadgar exakt tid när anslutningsnoderna skall tas i drift. Bolaget skriver uttryckligen att de reserverar sig för händelser utom deras kontroll exempelvis om Skanova inte håller utlovade leveranstider. En sådan skrivning går enligt beställarnas uppfattning långt utanför bestämmelsen om ”Befrielsegrunder” av force-majeurekaraktär som ställts upp i för-

frågningsunderlaget. En leverantör har avtalsenlig skyldighet att svara för underleverantörens arbete så som för sitt eget.

Bolaget hänvisar här till sidan 30 under avsnitt 8.4 i anbudet där det har lämnats en beskrivning av verksamhetsprocessen. Beskrivningen har lämnats som ett svar bl.a. på kravet i förfrågningsunderlaget (s. 3) om att anbudsgivare skall redovisa sina rutiner för egenkontroll och kvalitetssäkring. Där anges att ”nedanstående verksamhetsprocess används idag för befintlig verksamhet. Dessa kommer att behöva anpassas enligt ovanstående resonemang för att fungera i leveranser enligt detta anbud”. Det som bolaget anger under punkt 8.4.3 ”Leveransprocessen” skall därför, i enlighet med vad som angetts under avsnitt 8.4.1 anpassas för beställarna. Någon reservation i strid med förfrågningsunderlaget lämnas inte. Bolaget poängterar enbart de händelser som faller under bestämmelsen om ”Befrielsegrunder” i förfrågningsunderlaget (s. 9).

I förfrågningsunderlaget finns under rubriken ”Kommersiella & administrativa krav och villkor” angivet ett antal befrielsegrunder som skall medföra att parterna skall vara befriade från att fullgöra skyldighet enligt avtalet ”om utförandet hindras eller oskäligt betungas till följd av händelser utanför partens kontroll”. Bestämmelsen har inte preciserats ytterligare på annat sätt än att det angetts att vissa arbetsmarknadskonflikter inte skall anses utanför leverantörens kontroll. Länsrätten kan med en normal språklig tolkning inte utläsa att bestämmelsen om befrielsegrunder endast skulle innefatta händelser av force majeurekaraktär utan befrielsegrunder är just händelser utanför partens kontroll. Det skulle med andra ord mycket väl kunna innefatta problem med underleverantörer. Länsrätten anser att bolagets förbehåll i detta avseende – som för övrigt språkligt endast är att anse som en exemplifiering – inte står i strid med skall-kravet som stadgar exakt tid när anslutningsnoderna skall tas i drift. Det som angetts är tillåtet enligt klausulen om

befrielsegrunder. Länsrätten anser att bolaget också i detta avseende uppfyller aktuellt skall-krav.

Skall-kravet i avsnitt 8.4.7

I avsnitt 8.4.7 i anbudet anger bolaget att normal servicenivå sker under vardag 08.00 – 17.00. Arbetstiden för åtgärder kan utökas för tilläggskostnad per punkt och månad. Detta står dels i strid mot beställarnas skall-krav under punkt 4.4 i förfrågningsunderlaget som stadgar att ”felavhjälpande åtgärder i egen utrustning skall göras mellan kl. 07.30 och 18.00 måndag till fredag” och dels i strid mot skall-kravet att avtalade ersättningar skall vara fasta till den 31 januari 2012. Bolaget har lämnat otydliga och motstridiga uppgifter om detta. Beställarna kunde inte av det som anges i anbudet avgöra om skall-kravet uppfylldes eller inte.

Bolaget anför att även detta avsnitt avser beskrivningen av verksamhetsprocessen som skall anpassas för leverans till beställarna. Det i förfrågningsunderlaget angivna skall-kravet om felavhjälpning vardagar kl. 07.30 – 18.00 uppfylls av bolaget vilket har besvarats i bolagets budformulär avsnitt 4.4.

Länsrätten noterar här endast att bolaget i budformuläret svarat ja på skall-kravet om felavhjälpning vardagar kl. 07.30 – 18.00. Att bolaget i sitt anbud i avsnitt 8.4.7 ytterligare preciserat vad som offereras när det gäller felavhjälpning för viss tid medför inte att bolagets anbud är motstridande. Länsrätten anser att bolaget uppfyller skall-kravet om felavhjälpning.

Skall-kravet i avsnitt 13.6

I anbudet avsnitt 13.6 reserverar sig bolaget för ändrade priser, leveransvillkor och specifikationer och/eller andra förändringar som ligger utom bolagets kontroll. Detta står i strid mot beställarnas skall-krav att avtalade

ersättningar skall vara fasta till den 31 januari 2012. Reservationen går utanför de befrielsegrunder som angetts i förfrågningsunderlaget.

Bolaget har uppgett att fasta priser anges i bolagets budformulär. Under avsnitt 13.6 ges endast exempel på det som beställarna benämner "Befrielsegrunder i förfrågningsunderlaget. De prisvillkor som bolaget angett i aktuell upphandling hänför sig endast till dessa befrielsevillkor.

Ovan under rubriken "skall-krav avsnitt 8.4.3" har angetts vad som anges under befrielsegrunder i förfrågningsunderlaget. Det som bolaget angett i anbudet under punkt 13.6 ligger enligt länsrättens uppfattning klart inom vad som är tillåtet enligt förfrågningsunderlaget. Det kan förövrigt nämnas att länsrätten tidigare i dom den 25 mars 2008 i mål 2675-07 (Borderlight AB ./ Uppsala kommun) bedömt en liknande prisklausul i den upphandlingen och ansett bolagets villkor godtagbart (länsrättens dom överklagade och Kammarrätten i Stockholm har i beslut den 28 maj 2008 beslutat att inte meddela prövningstillstånd). Länsrätten finner inte skäl att nu göra en annan bedömning. Bolaget uppfyller även i detta avseende skall-kravet på fasta priser.

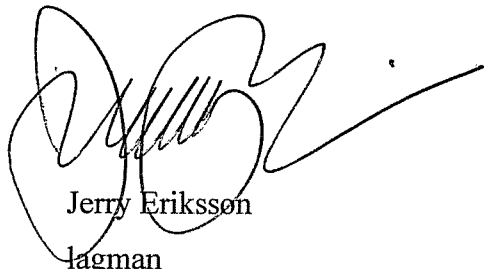
Sammanfattning

Länsrätten finner sammanfattningsvis att bolaget uppfyllt samtliga skallkrav där det satts ifråga av beställarna. Eftersom det således fanns ett anbud som uppfyllde samtliga skallkrav hade beställarna inte rätt att med stöd i 2 kap. 11 § första stycket 1 LOU övergå i förhandlad upphandling. Annat skäl för att övergå till förhandlad upphandling har inte åberopats av beställarna.

Vid denna bedömning finner länsrätten inte skäl att pröva de övriga av bolaget åberopade grunderna för överprövning av upphandlingen.

Länsrätten kan således konstatera att beställarna i nämnda avseende brutit mot bestämmelser i LOU. Det har medfört att bolaget kan komma att lida skada genom att annan leverantör valt vid den slutliga tilldelningen av upphandlingen. Det finns skäl för länsrätten att besluta om att upphandlingen görs om eller rättas enligt 7 kap. 2 § första stycket LOU. Bolaget har i första hand yrkat att länsrätten skall besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse vidtagits, innebärande att en ny utvärdering av anbuderna och val av leverantörer skall genomföras varvid bolaget skall tilldelas kontraktet. Länsrätten finner att rättelse skall ske på sätt bolaget sålunda yrkat.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1A)



Jerry Eriksson

lagman

VH

